

ANNO LXIV (Seconda Serie) - N. 6

Novembre-Dicembre 2009

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E. T. LIEBMAN e G. TARZIA

DIRETTORI

C. PUNZI e E.F. RICCI

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - B. CAVALLONE
F. CIPRIANI - V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO
C. CONSOLO - G. COSTANTINO - C. FERRI
R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - G. MONTELEONE
R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - N. TROCKER - R. VACCARELLA**



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2009

**CON SCRITTI
SULLA RIFORMA
DEL PROCESSO CIVILE**

SULL'ONERE DEL CONVENUTO DI «PRENDERE POSIZIONE» IN ORDINE AI FATTI POSTI A FONDAMENTO DELLA DOMANDA (RIFLESSIONI SULL'ONERE DELLA PROVA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'orientamento della S.C. sull'onere del convenuto di «prendere posizione» ex artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c. – 3. Le conseguenze applicative di Cass. 23 gennaio 2002, n. 761. – 4. Critica al riferito orientamento: l'onere della prova e la sua possibile inversione o modifica. – 5. *Segue*: la procura al difensore e l'inammissibilità della *relevatio ab onere probandi* su iniziativa dello stesso. – 6. L'inammissibile equiparazione tra vizi formali della comparsa di risposta e riconoscimento implicito delle avverse allegazioni. – 7. Le contestazioni in appello: proponibilità di eccezioni in senso lato ed effetto devolutivo del gravame. – 8. La *ficta confessio* in danno del convenuto nel processo societario (art. 13, comma 2°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) e l'orientamento della Corte Costituzionale. – 9. Verso un onere di contestazione specifica?

1. – Ai sensi dell'art. 167, comma 1°, c.p.c., il convenuto deve proporre in comparsa di risposta tutte le sue difese «prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda», indicare i mezzi di prova di cui intende valersi, ivi compresi i documenti offerti in comunicazione, e formulare le conclusioni.

La riferita disposizione è stata così modificata dalla l. 26 novembre 1990, n. 353 che, in conformità a quanto già previsto dall'art. 416, comma 3°, c.p.c. per le controversie di lavoro, ha voluto espressamente imporre al convenuto l'onere di «prendere posizione», nel primo atto difensivo, sui fatti dedotti *ex adverso* (1).

(1) Invero, il legislatore del 1990, nel riprodurre all'art. 167, comma 1°, c.p.c. la formula dell'art. 416, comma 3°, c.p.c. ha omesso l'inciso relativo alla necessità che l'onere *de quo* sia assolto «in maniera specifica e non limitata ad una generica contestazione». Tuttavia, l'omissione non appare significativa, tant'è che la giurisprudenza formatasi sulle citate norme non l'ha mai ritenuta sufficiente a giustificare una diversità di disciplina. Analogamente, in dottrina, v. F. P. Luiso, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 100; G. Verde, *Profili del processo civile*, II, Napoli

Da ultimo dispone analogamente l'art. 4, comma 1°, della legge sul processo societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) che, nel disciplinare il contenuto della comparsa di risposta, ripropone alla lettera l'*incipit* dell'art. 167 c.p.c.

Le menzionate norme, però, non prevedono alcuna sanzione per il convenuto che non ottemperi all'onere in parola; ciò che si verifica tutte le volte in cui egli, in comparsa di risposta, resti silente sui fatti allegati dall'attore – limitandosi, ad esempio, a negarne *sic et simpliciter* la veridicità – ovvero li contesti in modo generico, concludendo in ogni caso per il rigetto della domanda.

In tutte queste ipotesi, non ammettendosi che l'onere *de quo* possa essere disatteso senza alcuna conseguenza, ci si è chiesto quale rilievo processuale abbia il contegno del convenuto, e segnatamente se il silenzio o la contestazione generica sui fatti posti a fondamento della domanda autorizzino il giudice a considerare pacifici i fatti medesimi, esonerando l'attore dalla necessità di fornirne la prova (2).

2. – Per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, nei processi relativi a diritti disponibili, i fatti allegati da una parte possono considerarsi «non contestati» – e dunque pacifici, con conseguente espunzio-

2005, 21. *Contra* – nel senso che il vincolo di cui all'art. 167, comma 1°, sarebbe più debole di quello fissato dall'art. 416, comma 3° – v. G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano 1991, 131; M. Taruffo, *La struttura del procedimento di primo grado*, in Borré, Castellano, Proto Pisani, Ricci, Taruffo, *La riforma del processo civile – Linee fondamentali*, Milano 1991, 27 ss.; G. Rampazzi, *Comparsa di risposta*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino 1992, 125.

(2) Le risposte della dottrina sul punto sono piuttosto diversificate. In linea generale, l'orientamento prevalente è nel senso di escludere che l'inosservanza dell'onere *ex artt.* 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c., integri gli estremi della «non contestazione», potendo al più costituire un comportamento rilevante sotto il profilo della correttezza processuale, valutabile come semplice argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c.

Così, sia pure con differenti sfumature, B. Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano 1992, 159 ss., e II, Milano 1993, 75 ss.; Luiso, Consolo, Sassani, *La riforma del processo civile*, cit., 100; G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 125; Id., *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.* 1996, IV, 265 ss.; G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo civile*, cit., 131 ss.; M. Taruffo, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit., 27 ss.; C. Mandrioli, *Le modifiche del processo civile*, Milano 1991, 68; Id., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1995, § 8; A. Attardi, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.* 1990, V, 385 ss.; Id., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 67 ss.

Per una ricognizione della dottrina in argomento v. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, 285 ss.; Id., *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, in *Giur. it.* 1997, II, 155 ss.

ne degli stessi dal *thema probandum* – solo quando l'altra parte li abbia esplicitamente ammessi, o abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, manifestando così il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri (3).

Le medesime conseguenze (pacificità del fatto e correlativa *relevatio ab onere probandi*) non si producono, invece, nei casi di contumacia, silenzio e contestazione generica, non integrando siffatti comportamenti gli estremi di un'ammissione esplicita o implicita.

In particolare, nel nostro ordinamento la contumacia è sempre stata considerata un comportamento neutro, privo cioè di qualsivoglia rilievo probatorio (4). Lo stesso vale per il silenzio e la contestazione generica che, attenendo al contegno processuale della parte, possono al più essere valutati dal giudice ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c., e dunque solo come elemento integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova (5).

Discende dall'esposto che, se il convenuto non «prende posizione» sui fatti costitutivi del diritto azionato dall'attore, quest'ultimo deve comunque assolvere l'onere probatorio impostogli dall'art. 2697 c.c.

Quello testé riferito era l'indirizzo assolutamente prevalente della S.C. sull'onere imposto al convenuto dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c., e si fondava sul rilievo che il nostro ordinamento – a differenza di altri, come ad esempio quello tedesco (6) – non prevede a carico della parte un generale dovere di contestare (tanto più in modo analitico) i singoli fatti

(3) Cfr., fra le tante, Cass. 9 gennaio 2002, n. 185; Cass. 1 agosto 2001, n. 10482; Cass. 6 aprile 2001, n. 5149; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904; Cass. 1 settembre 2000, n. 11495; Cass. 12 agosto 2000, n. 10789; Cass. 8 agosto 2000, n. 10434; Cass. 18 luglio 2000, n. 9424; Cass. 13 febbraio 1999, n. 1213; Cass. 7 maggio 1999, n. 4604; Cass. 12 maggio 1999, n. 4687; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11513.

(4) L'unica eccezione all'esposta regola è rappresentata dall'art. 13, comma 2°, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che però è stato dichiarato incostituzionale con sentenza 12 ottobre 2007, n. 340. In argomento v., *infra*, § 8.

In dottrina, nel senso che la contumacia debba essere valutata come una forma di non contestazione, cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 294 ss.

(5) Cfr., per tutte, Cass. 27 marzo 2001, n. 4438.

(6) Ed infatti, il § 138 della ZPO tedesca così recita:

«I. Le parti devono allegare i fatti di causa in modo completo e veritiero.

II. Ogni parte è tenuta a dichiararsi sui fatti allegati dall'avversario.

III. I fatti non espressamente contestati sono da considerare ammessi, se la volontà di contestazione non risulta da altre dichiarazioni.

IV. La dichiarazione di non essere a conoscenza dei fatti di cui si discute è ammissibile soltanto rispetto ai fatti che non hanno costituito atti propri della parte, né sono stati oggetto della sua percezione».

dedotti *ex adverso*. Esistono, invece, specifiche disposizioni che in vario modo onerano la parte di contestare determinati fatti o atti entro un certo termine (v., ad es., gli artt. 14, 35, 186 *bis*, 423, 666 c.p.c.), ricollegando all'inosservanza di tale onere particolari effetti. Ma, al di là di queste limitate ipotesi, resta fermo il principio generale per cui la parte è libera anche di tacere sui fatti allegati dall'avversario, senza che da tale atteggiamento possano derivare conseguenze pregiudizievoli (7).

Inoltre, secondo l'orientamento in discorso, la «non contestazione» – configurabile, si ripete, solo in caso di ammissione esplicita o implicita – è un fenomeno tendenzialmente reversibile, potendo la parte contestare in seguito i fatti originariamente non contestati, rendendoli così controversi e dunque bisognosi di prova (8). Ciò perché gli artt. 167 e 416 c.p.c. non prevedono alcuna esplicita comminatoria di decadenza per le eccezioni in senso lato, o mere difese, volte alla contestazione dei fatti posti a fondamento della domanda, con la conseguenza che esse possono essere sollevate in qualsiasi momento dal convenuto, anche per la prima volta in grado d'appello (9).

Senonché, con sentenza 23 gennaio 2002, n. 761 (10) la Corte di cas-

(7) Per un esame analitico di tali affermazioni, v. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 118 ss., relativamente alla dottrina formatasi sotto il vigore del codice del 1865, e 164 ss., per la dottrina successiva all'entrata in vigore del codice del 1940.

(8) Cfr., per tutte, Cass. 9 gennaio 2002, n. 185, cit., e Cass. 12 agosto 2000, n. 10758.

(9) In senso conforme al testo, v. G. Balena, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, cit., 278; Id., *La riforma del processo di cognizione*, cit., 186 e ss.; G. Trisorio Liuzzi, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.* 1996, IV., 80-81; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, cit., § 8; Id., *Le nuove ordinanze di «pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 644 ss.; R. Oriani, *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.* 2001, I, 127 ss.; Vaccarella, Capponi, Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino 1992, 121.

Contra – nel senso dell'inammissibilità di una contestazione *ex post* di fatti precedentemente ammessi o qualificabili come tali – v. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 311 ss.; E. Grasso, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 652; G. Frus, *Note sull'onere del convenuto di «prendere posizione» nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 63 ss.

Non mancano, poi, posizioni intermedie secondo cui non è ammissibile una contestazione tardiva (superata, cioè, l'udienza *ex art.* 183 c.p.c.), ma rimane fermo il potere del giudice di rilevare il fatto modificativo, estintivo o impeditivo che non integri un'eccezione in senso stretto. Così S. Chiarloni, in *Le riforme del processo civile*, a cura dello stesso, cit., 175 ss.; Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 158 ss.

(10) La cui motivazione leggesi in *Giust. civ.* 2002, I, 1245 con nota di richiami e in

sazione a sezioni unite, pur intervenendo su un problema specifico – e cioè se il convenuto che abbia contestato in radice l'esistenza del credito debba altresì contestare i relativi conteggi allegati dall'attore (11) – ha affrontato il tema più generale della non contestazione nel processo civile, formulando principi diametralmente opposti rispetto a quelli da sempre enunciati a proposito dell'onere del convenuto di «prendere posizione» sui fatti costitutivi della domanda.

Stante la portata innovativa di tale pronuncia, è opportuno riferirne brevemente l'*iter* argomentativo.

La S.C. afferma, anzitutto, che la non contestazione è un fenomeno processualmente rilevante solo quando attiene ai *fatti* da accertare in giudizio, e non anche quando concerne l'applicazione e/o interpretazione di norme giuridiche (12). Essa, però, rileva diversamente a seconda che investa i fatti costitutivi della domanda (c.d. fatti principali), la cui allegazione costituisce prerogativa esclusiva della parte, ovvero quelli aventi solo una funzione probatoria (c.d. fatti secondari, volti a dimostrare l'esistenza di quelli principali), che si collocano, invece, in un'area non assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti, potendo essere rilevati anche d'ufficio (13).

Corriere giur. 2003, I, 1335 ss. con nota di M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*. Su tale pronuncia v., pure, C. M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2002, I, 2017 ss.; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.* 2003, I, 604 ss.; M. Cattani, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.* 2002, I, 1909 ss.

(11) Il problema – originato dal contrasto insorto all'interno della sezione lavoro della S.C. – è stato risolto nel senso della irrilevanza della non contestazione dei conteggi, qualora la contestazione sull'*an* abbia investito tutti i fatti costitutivi della domanda. Per una panoramica dettagliata dei diversi orientamenti della giurisprudenza sul punto, v. C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2021-2023.

(12) La conferma sistematica di tale assunto è fornita proprio dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c., i quali sanciscono, rispettivamente per il processo ordinario e per quello del lavoro, l'onere del convenuto di prendere posizione sui *fatti* posti a fondamento della domanda. Del resto, che la non contestazione sia sostanzialmente irrilevante se attinente alla disciplina giuridica dei fatti dedotti in lite si spiega considerando che la cognizione di tale disciplina rientra nel novero dei poteri-doveri del giudice, e perciò non può essere condizionata dalle prospettazioni difensive e, più in generale, dai comportamenti processuali delle parti.

(13) Al riguardo la S.C. rileva che la «identificazione dei temi dei mezzi di prova (...) non è qualificabile in termini di disposizione della situazione sostanziale», e perciò, anche nei processi di tipo dispositivo, è soggetta anche all'iniziativa officiosa; ciò che trova conferma «nella non indifferente disponibilità della prova concessa al giudice non solo nel rito ordinario (artt. 61 e 197, 116, comma 2, 118, commi 1 e 2, 213, 240, 241, 253, 257,

Soltanto per i primi, infatti, gli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c. impongono espressamente al convenuto l'onere di «prendere posizione», facendo della non contestazione «un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti».

In altri termini – prosegue la S.C. – «la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, rende inutile provarlo, perché non controverso».

Tutto ciò si spiegherebbe considerando che la non contestazione dei fatti principali, al pari della loro allegazione, costituisce espressione dell'autonomia riconosciuta alle parti in un processo dominato dal principio dispositivo, «con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza».

Stando così le cose, la non contestazione dei fatti principali si atteggia a fenomeno tendenzialmente irreversibile (salve sempre le condizioni per i provvedimenti di rimessione in termini). Essa, infatti, costituendo riflesso del potere di allegazione dei fatti medesimi, soggiace agli stessi limiti previsti per tale potere, superati i quali la facoltà di contestazione è definitivamente preclusa.

Per i fatti secondari, invece, il discorso è diverso. Essi non sono contemplati dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c. e non rientrano nell'esclusiva disponibilità delle parti, onde la loro omessa contestazione si colloca nella categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili come semplici argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c. (14).

In detta ipotesi, versandosi in un ambito nel quale il controllo probatorio

317), ma anche e principalmente nel rito del lavoro, con riguardo al quale l'art. 421, comma 2, prevede che il giudice possa «disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile».

(14) Si noti che, in alcune pronunce successive, la S.C. ha esteso l'onere di specifica contestazione anche ai fatti c.d. secondari. V., ad esempio, Cass. 17 aprile 2002, n. 5526 (in *Mass. giur. lav.* 2002, 812, con nota di N. Centofanti, *Conseguenze della mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti dall'attore*; in *Foro it.* 2002, I, 2017, con nota di C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., ove leggesi che «la mancata contestazione dei fatti secondari comporta l'espunzione degli stessi dal *thema probandum*, di tal che il giudice, una volta ritenuti accertati per mancanza di

è in ogni caso necessario e l'atteggiamento difensivo del convenuto rileva solo come argomento di prova, la non contestazione si iscrive nell'area della provvisorietà.

Il convenuto, quindi, può contestare *ex post* i fatti secondari originariamente incontestati, non ravvisandosi limiti o preclusioni di sorta all'esercizio di tale potere.

3. – Com'era prevedibile, i principi enunciati da Cass. n. 761/2002 sull'onere del convenuto di «prendere posizione» *ex artt.* 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c. hanno avuto notevoli ricadute sul piano applicativo.

Anzitutto, in ossequio a quei principi, anche il silenzio e la contestazione generica sui fatti costitutivi della domanda, rappresentando violazione delle citate norme – nelle quali, in sostanza, la S.C. ravvisa il fondamento positivo del principio di non contestazione nel processo civile – determinerebbero l'espunzione dei fatti medesimi dal *thema probandum*, vincolando il giudice a ritenerli ammessi.

In breve detti comportamenti, al pari dell'ammissione esplicita o implicita, integrerebbero gli estremi della non contestazione, con l'effetto di sollevare l'attore dall'onere probatorio *ex art.* 2697 c.c. (15).

E, difatti, in tal senso si è espressa la successiva giurisprudenza di legittimità (16), pur se non mancano alcune pronunce contrarie che si rifanno al precedente orientamento (17).

Inoltre, stante l'asserita irreversibilità della non contestazione, i medesi-

contestazione, può desumere dagli stessi, in via presuntiva, l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda».

Nel senso che l'onere di contestazione debba estendersi anche ai fatti secondari, v. C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2024; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 607-608; N. Rascio, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. e giur.* 2002, 78 ss.

(15) Così, in dottrina, A. Carratta, *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, cit., 159-160; C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2024; Id., *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione*, in *Foro it.* 2003, I, 2107; Id., *La non contestazione dei fatti e la Corte di Cassazione: ovvero un principio poco amato*, in *Foro it.* 2005, I, 727; N. Rascio, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, cit., 86.

(16) Cfr., fra le tante, Cass. 26 settembre 2002, n. 13972; Cass. 15 gennaio 2003, n. 535; Cass. 3 febbraio 2003, n. 1562; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18598; Cass. 14 gennaio 2004, n. 405; Cass. 6 febbraio 2004, n. 2299; Cass. 8 aprile 2004, n. 6936; Cass. 25 maggio 2004, n. 10031; Cass. 5 agosto 2004, n. 15107; Cass. 25 maggio 2007, n. 12231; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191.

(17) Cfr. Cass. 25 novembre 2002, n. 16575; Cass. 5 febbraio 2003, n. 1672; Cass. 2 maggio 2007, n. 10089; Cass. 3 maggio 2007, n. 10182.

mi comportamenti (silenzio e contestazione generica) precluderebbero al convenuto la facoltà di controdedurre *ex post* in ordine ai fatti principali dedotti dall'attore, salve soltanto le ipotesi di rimessione in termini *ex art.* 184 *bis* c.p.c.

Invero, sotto quest'ultimo profilo la sentenza n. 761/2002 prende esplicita posizione solo per quel che concerne il processo del lavoro, affermando che «il limite della contestabilità dei fatti costitutivi originariamente incontestati si identifica... con quello previsto dall'art. 420, comma 1, c.p.c. per la modificazione di domande eccezioni e conclusioni già formulate», e precisando che «trattasi di preclusione argomentabile dal sistema e non di decadenza *ex art.* 416 c.p.c., norma che commina tale sanzione per le sole domande riconvenzionali e per le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio».

Tuttavia, non v'è dubbio che conclusioni analoghe valgano per ogni processo fondato su preclusioni, e dunque anche per quello ordinario, ove il limite alle contestazioni tardive dovrebbe ravvisarsi nell'art. 183, comma 5°, c.p.c. (o nella sua «appendice» scritta, oggi disciplinata dal comma successivo).

In buona sostanza, superate le cennate fasi processuali, il convenuto che non abbia contestato in modo specifico i fatti allegati dall'attore a sostegno della domanda non potrebbe più opporvi neppure eccezioni in senso lato, essendogli definitivamente preclusa qualsiasi contestazione dei fatti medesimi (18).

Non solo. Sempre sul versante delle preclusioni, si è giunti ad affermare l'inammissibilità in appello di ogni contestazione inerente a fatti rimasti pacifici (o qualificati tali) nel giudizio di primo grado. Ciò in base al rilievo che la contestazione tardiva, «in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte», sarebbe assimilabile all'eccezione in senso stretto, che, giusta gli artt. 345, comma 2°, e 437, comma 2°, c.p.c. non è consentito proporre per la prima volta in sede di gravame (19).

(18) Così, in dottrina, sia pure con argomentazioni talora divergenti da quelle di Cass. 23 gennaio 2002 n. 761, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1999, 115 ss.; A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 311 e ss.; C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 2025; R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996, 416 ss.

Per un'impostazione più rigorosa, v. Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, secondo cui la contestazione dei fatti affermati dall'avversario dovrebbe avvenire «nella prima difesa utile», essendo altrimenti preclusa.

Contra, G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 191, per il quale il potere di allegare fatti costituenti eccezioni rilevabili di ufficio non è soggetto a preclusioni, e dunque può essere esercitato anche dopo lo spirare del termine di cui all'art. 183, comma 5°, c.p.c.

(19) Così C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2026.

A onor del vero, siffatta conclusione – oltre ad essere avversata dalla maggior parte della dottrina processualcivilistica (20) – non ha trovato fin'ora esplicito accoglimento nella giurisprudenza di legittimità, che, però, tende sostanzialmente a condividerla, seppur attraverso un percorso argomentativo diverso (ma altrettanto discutibile).

In molti casi, infatti, la S.C. ha sì affermato l'ammissibilità in appello di contestazioni tardive che integrino eccezioni in senso lato (ribadendo, inoltre, la loro rilevabilità di ufficio anche nel silenzio della parte interessata), purché, però, i fatti che ne costituiscono il fondamento siano stati allegati in primo grado entro e non oltre i limiti preclusivi previsti a tal fine dalla legge; limiti, che – come già rilevato – si identificherebbero nell'udienza *ex art.* 420 c.p.c. per il processo del lavoro, e nel termine di cui all'art. 183, comma 5° o 6°, c.p.c. per quello ordinario (21).

Ora, a parte la difficoltà di considerare «tardive» contestazioni che si fondino su fatti tempestivamente allegati, è chiaro che così opinando nessuna sostanziale differenza potrebbe più ravvisarsi tra il regime delle eccezioni in senso lato e quello delle eccezioni in senso stretto: anche le prime sarebbero precluse e inammissibili in appello se i fatti, che ne costituiscono il fondamento, non risultino acquisiti in prime cure, salva soltanto la diversità del termine utile per tale acquisizione.

Il risultato ultimo di tutta la riferita impostazione è che, se il convenuto non ottempera all'onere impostogli dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c., contestando in modo specifico i fatti dedotti dall'attore a sostegno della domanda, in 99 casi su 100 perde la causa sia in primo grado che in appello.

4. – Il recente orientamento della S.C. in materia di oneri contestativi del convenuto merita qualche riflessione.

Anzitutto è chiaro che, sulla base di tale orientamento, il convenuto che si è costituito in giudizio viene a trovarsi in una posizione deteriore rispetto a quello rimasto contumace.

Il primo, infatti, deve contestare in maniera precisa e dettagliata i fatti costitutivi della domanda, atteso che il silenzio o la contestazione generica

(20) Per la quale «non v'è, in generale, alcuna correlazione logica e comunque necessaria tra le preclusioni eventualmente operanti in primo grado e la limitazione dei *nova* in appello, poiché (...) nulla esclude che il legislatore per un verso preveda determinate barriere preclusive a garanzia della concentrazione del procedimento di primo grado, e per altro verso consenta alle parti, poi, almeno entro certi limiti, di correggere e d'integrare le proprie difese, anche attraverso nuove allegazioni e/o nuove prove in appello». Così G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 427 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(21) Sul punto v., *infra*, § 7.

su quei fatti ne determinano l'espunzione dal *thema probandum*; il secondo, invece, pur avendo deciso di non contestare alcunché, non corre identico rischio, posto che di fronte alla contumacia dell'avversario l'attore mantiene l'onere di provare il fondamento della sua pretesa (22).

È questa una conseguenza paradossale, che peraltro non appare conforme agli artt. 3 e 24 Cost., dando luogo ad una disparità di trattamento proprio in danno della parte che, costituendosi in giudizio, ha comunque deciso di difendersi.

Al riguardo si è obiettato che tale disparità sarebbe solo apparente, poiché il convenuto costituito «ha evidentemente e consapevolmente – in virtù del principio di autoresponsabilità – optato per una strategia difensiva attiva, nella quale i comportamenti passivi debbono quindi essere valorizzati» (23).

L'obiezione, però, prova troppo. Ed infatti, se è vero (come è vero) che il comportamento passivo per eccellenza – vale a dire la contumacia – non determina alcuna conseguenza pregiudizievole per il convenuto che l'abbia attuato, non si comprende perché suoi comportamenti passivi, per così dire, meno vistosi – quali il silenzio o la contestazione generica sui fatti principali dedotti dall'attore (sempre che di comportamenti passivi possa parlarsi, soprattutto per la seconda) –, debbano essere, invece, pesantemente sanzionati con l'esonero di controparte dall'onere probatorio.

Ma, a prescindere dal superiore rilievo, v'è da chiedersi se i fatti costitutivi della domanda possano effettivamente considerarsi pacifici, e dunque non bisognosi di prova, sol perché il convenuto costituito non li abbia specificamente contestati.

Invero, nonostante il diverso avviso della recente giurisprudenza di legittimità, la risposta al quesito deve essere negativa. E ciò per le ragioni che qui di seguito si passa ad esaminare.

Come tutti sanno, uno dei principi fondamentali che governano la materia delle prove nel processo civile è quello sancito dall'art. 2697 c.c. ai sensi del quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento», così come «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

In questo modo semplice, chiaro e conforme al contraddittorio, la legge

(22) A meno che non si voglia aderire alla tesi di chi ravvisa anche nella contumacia una forma di non contestazione (così A. Carratta, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 294 ss.); tesi che, però, non ha alcun riscontro nel diritto positivo, tenuto conto, peraltro, che l'unica disposizione ad essa conforme (art. 13, comma 2°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) è stata dichiarata incostituzionale (sul punto v. *infra*, § 8).

(23) Così M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1349, il quale richiama in nota lo scritto di C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, più volte citato.

attua la c.d. distribuzione dell'onere della prova: ogni parte, che nel processo civile allega un fatto al fine di trarne conseguenze giuridiche a sé favorevoli, ha, per l'appunto, l'onere di provarlo (24).

Se quest'onere non viene assolto, il fatto non è provato (25) e quindi il giudice dovrà rigettare la domanda o l'eccezione che su di esso si fonda (artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.), non essendo ammesso nel processo civile il c.d. *non liquet*.

L'onere della prova, dunque, costituisce – ed in ciò risiede la sua effettiva rilevanza – il fondamento di una regola di giudizio, poiché impone al giudice di considerare non vero il fatto non provato (*non esse et non probari paria sunt*) e, conseguentemente, di respingere la richiesta fondata su quel medesimo fatto.

Ora, per legge, le parti non hanno il potere di alterare *in corso di causa* questa regola di giudizio, dando luogo alla c.d. inversione processuale dell'onere della prova (salvi, ovviamente, i casi in cui sia la legge stessa ad invertire l'onere *de quo*, rispetto a quello che sarebbe il suo assetto secondo l'art. 2697 c.c.).

Ed infatti, l'art. 2698 c.c. consente alle parti di stipulare *prima del processo* patti con cui si modifica, o si inverte, l'onere della prova, a condizione, peraltro, che si tratti di diritti disponibili e che il patto non renda eccessivamente difficile ad una di esse l'esercizio del diritto.

Pertanto, in assenza di una preventiva pattuizione del genere, è da escludere che uno dei contendenti possa assumere su di sé l'onere probatorio, che per legge incombe invece sull'altro.

Invero, la giurisprudenza ritiene che l'inversione dell'onere della prova, in mancanza di apposito patto *ex art. 2698 c.c.*, possa risultare anche dal comportamento processuale della parte, ma a tal fine precisa che «non è sufficiente che la parte sulla quale non grava l'onere deduca od anche offra la prova, occorrendo, invece, la inequivoca manifestazione della parte medesima di voler rinunciare ai benefici ed ai vantaggi che le derivano dal principio che re-

(24) Sull'onere della prova in generale, v. G. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974; L.P. Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di dir. priv.*, Milano 1985, 194 ss.; Id., *Le prove civili*, Torino 1998, 84 ss.; V. Andrioli, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino 1967, 292 ss.; F. De Stefano, voce *Onere (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, 114 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, vol. XIII, Torino 1995, 65 ss.

(25) A meno che il giudice non sia autorizzato *ex lege* a fondare il proprio convincimento su fonti o mezzi di prova non rimessi all'esclusiva disponibilità delle parti. In questi casi, infatti, la prova può essere raggiunta su iniziativa del magistrato, che potrà assumerla a fondamento della decisione indipendentemente dall'onere a carico dei contendenti.

gola la distribuzione dell'onere stesso e di subire le conseguenze dell'eventuale fallimento della prova dedotta od offerta» (26).

Si tratta, all'evidenza, di casi marginali, esclusi i quali resta ferma la regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.: se la parte onerata per legge non prova i fatti allegati a fondamento della sua pretesa, questa deve essere rigettata nonostante le iniziative del contraddittore.

Quanto fin'ora esposto consente di fissare un primo punto fondamentale: la deroga all'art. 2697 c.c. – sia che intervenga prima del giudizio (così come espressamente consentito dalla legge), sia che intervenga in corso di causa (così come ammesso dalla citata giurisprudenza) – deve comunque discendere da una chiara ed inequivoca manifestazione di volontà della parte.

Più precisamente, nell'ipotesi di cui all'art. 2698 c.c. tale manifestazione deve provenire da entrambe le parti, essendo l'inversione, o modifica, dell'onere probatorio subordinata ad un apposito patto, vale a dire ad un negozio giuridico bilaterale che, nel caso di specie, produce effetti processuali (27).

Nel caso ammesso dalla giurisprudenza s'è visto che l'offerta, o deduzione, della prova su spontanea iniziativa della parte non gravata *ex lege* non basta, da sé sola, a dispensare l'avversario dall'onere probatorio, occorrendo altresì la inequivoca manifestazione di volontà della parte medesima di accettare anche il rischio della mancata prova.

Stando così le cose, è da escludere che la non contestazione – incidendo anch'essa sulle regole di distribuzione soggettiva dell'onere probatorio *ex art.* 2697 c.c. – possa configurarsi nelle ipotesi di silenzio o di contestazione generica.

Queste, infatti, non sono condotte processuali da cui emerge in modo chiaro ed univoco la volontà della parte di esonerare l'avversario dall'onere della prova. Tali, invece, sono sicuramente l'ammissione esplicita o implicita, che, infatti, per lungo tempo la giurisprudenza ha correttamente ritenuto gli unici comportamenti non contestativi.

Quindi, se il convenuto non prende posizione sui fatti costitutivi della domanda, così come impostogli dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c., non solleva affatto l'attore dall'onere di provarli, né vincola il giudice a ritenerli ammessi.

(26) Così Cass. 10 dicembre 2002, n. 17573. Analogamente, v. Cass. 28 giugno 1984, n. 3796; Cass. 26 aprile 1988, n. 3167; Cass. 23 aprile 1998, n. 4211; Cass. 26 gennaio 2000, n. 860; Cass. 7 luglio 2005, n. 14306.

(27) Si rammenti, inoltre, che le clausole d'inversione o modifica dell'onere della prova, se inserite in condizioni generali di contratto, non richiedono una specifica approvazione per iscritto, non essendo ricomprese nel catalogo tassativo delle clausole vessatorie *ex art.* 1341 c.c. Tuttavia, il nuovo art. 1469 *bis* c.c., n. 18, le considera tali (e perciò inefficaci: art. 1469 *quinquies* c.c.), quando siano inserite in contratti stipulati con i consumatori da operatori economici professionali.

Tutt'al più – come sempre sostenuto dalla S.C. e dalla maggior parte della dottrina – tale sua condotta può essere valutata come semplice argomento di prova; il che pare sufficiente a conferire un senso alle citate norme, e ad escludere che esse appartengano al *genus* di quelle cc.dd. «canzonatorie».

5. – I rilievi compiuti nel paragrafo precedente dimostrano che la mancata e specifica contestazione del convenuto sui fatti costitutivi della domanda non vale a dispensare l'attore dall'onere di provarli, non essendo giuridicamente ammessa una deroga all'art. 2697 c.c. in assenza di un'apposita ed inequivoca manifestazione di volontà proveniente dalla parte non onerata per legge.

Ma, quand'anche si volesse ritenere il contrario, vi sarebbero altre ragioni per escludere che il silenzio o la contestazione generica equivalgano al riconoscimento implicito delle allegazioni avverse.

Una di queste ragioni si ricava dall'art. 84 c.p.c., ai sensi del quale il difensore della parte «può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati», ma «in ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne abbia ricevuto espressamente il potere».

La procura *ad litem*, dunque, attribuisce al difensore la generica capacità di compiere e ricevere nell'interesse della parte tutti gli atti processuali, per cui è stato concesso il mandato, ma non anche il potere di disporre del diritto dedotto in lite; un potere, questo, che spetta in via esclusiva alla parte, e che il difensore può legittimamente esercitare solo se ne abbia avuto espresso incarico.

Com'è noto, fra gli atti esclusi dalla sfera di attribuzioni del difensore ex art. 84 c.p.c. vanno annoverati non solo quelli che incidono direttamente sul diritto in contesa (transazione, conciliazione, rinuncia all'azione), ma anche quelli che si inseriscono nel corso del processo in modo da escludere ogni libera valutazione del giudice (c.d. disposizione indiretta: ad esempio, riferimento e delazione del giuramento, istanza per la decisione secondo equità, confessione) (28). E non v'è dubbio che la non contestazione appartenga a questa seconda categoria di atti; il che, peraltro, è ribadito proprio dalla sen-

(28) Ricordiamo che, secondo la giurisprudenza, le dichiarazioni del difensore sfavorevoli al proprio assistito possono essere utilizzate solo come elementi indiziari, valutabili ai sensi e alle condizioni dell'art. 2729 c.c. (cfr. Cass. 18 aprile 2000, n. 4974; Cass. 15 maggio 1997, n. 4284; Cass. 17 maggio 1995, n. 5412). Se, però, tali dichiarazioni sono contenute in un atto che reca in calce o a margine anche la firma della parte, hanno valore confessorio (cfr. Cass. 13 dicembre 2001, n. 15760; Cass. 22 novembre 1995, n. 12096).

Tutto questo, ovviamente, vale per le affermazioni e/o ammissioni del difensore, e non anche per il silenzio o la contestazione generica sui fatti allegati *ex adverso*.

tenza n. 761 del 2002, ove le Sezioni unite hanno affermato a chiare lettere che la non contestazione dei fatti principali costituisce espressione dell'autonomia riservata alle parti in un processo di tipo dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno, per l'appunto, disposto, vincolando il giudice a ritenerlo ammesso.

Parimenti indubbio è che il silenzio o la contestazione generica sui fatti posti a sostegno della domanda siano condotte processuali imputabili al difensore del convenuto (salvi i pochi casi in cui questi può stare in giudizio personalmente). Quindi, affermare che tali condotte equivalgano a non contestazione, con conseguente *relevatio ab onere probandi*, significa attribuire al difensore il potere di disporre del diritto in contestazione; ciò che è chiaramente escluso dall'art. 84 c.p.c.

Ad ogni modo, pur non volendo accogliere tale impostazione, resta sempre il fatto che l'omessa e specifica contestazione dei fatti allegati *ex adverso* costituisce un errore del difensore, che appare sommamente ingiusto far pagare alla parte da questi rappresentata, soprattutto se si considera l'entità del prezzo.

6. – Finora si è cercato di dimostrare come l'indirizzo inaugurato da Cass., sez. un., n. 761/2002 sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti costitutivi della domanda non abbia alcuna consistenza giuridica, ponendosi, anzi, in evidente contrasto con alcune norme del nostro ordinamento, quali l'art. 2697 c.c. e l'art. 84 c.p.c.

Detta inconsistenza, peraltro, emerge ancor più chiaramente se si considera quanto segue.

Sappiamo che, nonostante il preteso principio della libertà di forma sancito dall'art. 121 del codice di rito, tutti gli atti del processo di una qualche importanza devono essere redatti secondo l'apposito schema formale previsto dalla legge. Ovviamente, il primo atto difensivo del convenuto (comparsa di risposta o memoria difensiva) non sfugge all'esposta regola, tant'è che gli artt. 167 e 416 c.p.c. ne fissano, per l'appunto, i requisiti minimi di contenuto e di forma, fra cui v'è quello di «prendere posizione» sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda.

Sappiamo pure che la difformità di un atto del processo rispetto al modello legale costituisce il presupposto della sua nullità; la quale nullità, a sua volta, non può essere dichiarata dal giudice se l'atto, nonostante il vizio che lo inficia, abbia comunque raggiunto lo scopo cui è preordinato (art. 156 c.p.c.).

Ora, non v'è dubbio che una comparsa di risposta in cui il convenuto (*rectius*: il suo difensore) non prenda posizione in ordine ai fatti costitutivi della domanda sia priva di un requisito formale espressamente imposto dalla legge.

In questa ipotesi, non essendo prevista un'esplicita comminatoria di nullità, l'unico parametro per valutare la congruenza e regolarità dell'atto è il

conseguimento del suo scopo: se si ritiene che il vizio in parola impedisca alla comparsa di risposta di assolvere la funzione processuale che le è propria, questa dovrà considerarsi nulla con ogni conseguenza; in caso contrario, il medesimo vizio perderà ogni rilievo, e l'atto dovrà reputarsi pienamente valido ed efficace.

A ben riflettere, la prima delle due prospettate alternative sembra quella corretta.

Invero, una comparsa di risposta priva di specifiche controdeduzioni sui fatti principali allegati dall'attore non appare idonea ad espletare la sua funzione, che in ultima analisi è quella di ottenere il rigetto della domanda giudiziale, così come normalmente richiesto nelle conclusioni dell'atto. Ma, se il convenuto conclude per il rigetto della domanda senza aver preso posizione sul fondamento della medesima, è chiaro che il giudice non potrà pronunciare su tale richiesta perché non adeguatamente supportata in fatto e/o in diritto.

In questo caso, l'unico potere-dovere del magistrato sarà quello di ordinare la rinnovazione della comparsa di risposta assegnando al convenuto apposito termine, ma non certamente quello di ritenere ammessi i fatti dedotti in citazione, così come vuole la giurisprudenza qui in commento.

Quanto esposto trova evidente conferma nelle ipotesi in cui il convenuto proponga in comparsa di risposta una domanda riconvenzionale, il cui accoglimento sia incompatibile (come nella quasi totalità dei casi) con quello della pretesa attorea, della quale, però, non contesti specificamente il fondamento così come impostogli, invece, dall'art. 167, comma 1°, c.p.c. Ad esempio, Tizio conviene in giudizio Caio per il mantenimento in efficienza dell'immobile locato, e Caio chiede in via riconvenzionale la risoluzione del contratto ed il conseguente rilascio del bene, senza però dedurre l'inadempimento della controparte, la scadenza del contratto, o qualsiasi altro fatto idoneo a contestare il fondamento della domanda giudiziale.

Ora, è perfettamente chiaro che in tutte queste ipotesi il giudice non potrà mai considerare pacifici i fatti allegati dall'attore, con conseguente *relevatio ab onere probandi* e rigetto della domanda riconvenzionale, dovendo invece, ex art. 167, comma 2°, c.p.c., rilevare la nullità di quest'ultima (perché ne risulta omesso o assolutamente incerto il titolo) e ordinarne l'integrazione entro un termine perentorio.

Ma a conclusioni analoghe deve giungersi anche in assenza di riconvenzionali, le quali non costituiscono elementi costanti e indefettibili della comparsa di risposta, mentre tali sono sicuramente le specifiche controdeduzioni in ordine al fondamento della domanda, la cui omissione – si ripete – impedisce alla comparsa il conseguimento del suo scopo, determinandone perciò la nullità.

Del resto, se l'attore non espone in citazione i fatti costitutivi del diritto azionato, la conseguenza non è di certo il rigetto della sua domanda, bensì la nullità della citazione con il connesso ordine giudiziale di rinnovarla o integrarla entro un termine perentorio (art. 164, comma 4° e 5°, c.p.c.). Analoga-

mente, se il convenuto non «prende posizione» in comparsa di risposta sui fatti costitutivi dedotti *ex adverso*, la conseguenza non può essere il rigetto delle sue conclusioni (ciò che deriverebbe dal considerare pacifici i fatti in parola), ma solo la nullità della comparsa di risposta, che dovrà essere rinnovata nell'apposito termine fissato dal giudice.

In tal senso, peraltro, depone anche l'art. 182, comma 1°, c.p.c., per cui il giudice verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola *gli atti* e i documenti che riconosce difettosi.

Ovviamente, se la rinnovazione della comparsa non viene eseguita nel termine impartito, o se questa è a sua volta nulla, l'unica conseguenza possibile è che il convenuto sia dichiarato contumace, poiché, essendo nulla la comparsa di risposta, parimenti nulla è la sua costituzione in giudizio.

Nella descritta ipotesi, dunque, l'attore dovrà comunque provare il fondamento della sua pretesa, posto che la contumacia dell'avversario non lo esonera affatto dal relativo onere.

Ma identica conclusione vale anche se il vizio in parola – e cioè l'omessa specifica contestazione dei fatti posti a sostegno della domanda – non si voglia reputare causa di nullità della comparsa di risposta, con tutte le conseguenze testé descritte.

Così opinando, infatti, si afferma in modo inequivoco che l'atto, nonostante il vizio *de quo*, è pienamente valido ed efficace perché ha raggiunto il suo scopo. Ma, se è vero (come è vero) che lo scopo della comparsa di risposta è sostanzialmente quello di ottenere il rigetto dell'altrui pretesa, è lapalissiano concludere che il convenuto, costituendosi in giudizio, ha perciò stesso contestato il fondamento della domanda, di cui l'attore dovrà perciò fornire adeguata prova. Perché delle due l'una: o un vizio di forma genera nullità dell'atto, impedendo il conseguimento del suo scopo, oppure diviene irrilevante perché detto scopo è stato comunque raggiunto.

Tertium non datur. In particolare, non è giuridicamente e logicamente ammissibile desumere da un vizio formale della comparsa di risposta – e, più in generale, di qualsiasi atto processuale – un negozio giuridico di tipo dispositivo, per di più posto in essere dal difensore che, *ex art. 84 c.p.c.*, non ha il potere di farlo (salvi i casi di espresso conferimento).

Tuttavia, è proprio questo ciò che sostiene la giurisprudenza qui criticata, la quale in modo del tutto arbitrario equipara ad un vizio di forma della comparsa di risposta il fatto, ben diverso e certamente non assimilabile, del riconoscimento implicito delle avverse allegazioni.

7. – Abbiamo visto che un altro importante aspetto di Cass. n. 761/2002 è l'aver configurato la non contestazione dei fatti principali come fenomeno tendenzialmente irreversibile.

In pratica, una volta superate le fasi processuali di cui artt. 183 e 420 c.p.c. per la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni già formula-

te, l'esercizio del potere dispositivo con cui le parti hanno delimitato l'area dei fatti controversi non sarebbe più suscettibile di ripensamenti; il che – come precisato dalle stesse Sezioni Unite – deriverebbe da una preclusione non espressamente prevista dalla legge, ma argomentabile in via sistematica.

Ed infatti, secondo la sentenza in parola, «considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione».

Da ciò si potrebbe inferire che, ove il convenuto non «prenda posizione» sui fatti costitutivi della domanda entro i limiti previsti per la modificazione del *thema decidendum*, ogni successiva contestazione inerente a quei medesimi fatti, pur se integrante un'eccezione in senso lato, sarà definitivamente preclusa e perciò inammissibile anche in appello.

Su questa inammissibilità – che, si sottolinea subito, non ha alcun fondamento nella nostra legge processuale – occorre ora soffermarsi.

Come già anticipato, essa è sostenuta a chiare lettere solo da qualche studioso (29) ma trova il velato conforto della giurisprudenza di legittimità, ormai ferma nel ritenere che l'eccezione in senso lato sia proponibile per la prima volta in appello soltanto se il fatto, che ne costituisce il fondamento, sia stato allegato in prime cure entro i termini di cui agli artt. 183, comma 5° (ed oggi anche 6°), e 420, comma 1°, c.p.c.

Tale indirizzo trovasi già espresso in Cass., sez. un., n. 1099/1998 (30) che, da un lato, affermando che le eccezioni in senso stretto sarebbero solo quelle riservate all'esclusiva iniziativa di parte da un'espressa norma di legge, nonché quelle correlate alla titolarità di un'azione costitutiva, ha allargato smisuratamente il novero delle eccezioni rilevabili di ufficio; dall'altro, però, ha limitato di molto questa apertura, sottolineando che altro è il potere di allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo, altro è il potere di rilevazione del fatto medesimo: il primo compete esclusivamente alla parte ed è esercitabile nei termini preclusivi di legge; il secondo può essere esercitato d'ufficio se il fatto integri eccezione in senso lato, purché questo, però, sia stato allegato in giudizio entro i termini suddetti.

Pertanto, le contestazioni tardive che integrino mere difese sono sì ammissibili per la prima volta in appello, ma a condizione che i fatti, su cui esse

(29) Così C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2026.

(30) In *Foro it.* 1998, I, 764, e in *Giust. civ.* 1998, I, 645 con nota di G. Giacalone; in *Corriere giur.* 1999, 1007, con nota di M. Negri; in *Mass. giur. lav.* 1998, 297, con nota di N. Centofanti; in *Dir. lav.* 1999, II, 577, con nota di A. Vallebona.

si fondano, siano stati tempestivamente allegati nel precedente grado di giudizio (31).

Già dal punto di vista logico, prima che giuridico, il riferito orientamento lascia perplessi, non essendo agevole comprendere come possa considerarsi «tardiva» una contestazione che si fondi su fatti tempestivamente allegati.

Invero, se il convenuto ha tempestivamente dedotto in primo grado un fatto costituente mera difesa – cioè idoneo *ex se* ad escludere in radice il diritto dedotto *ex adverso* – ha perciò stesso contestato il fondamento della domanda, onde non si vede come e perché la successiva contestazione in appello fondata su quel medesimo fatto debba considerarsi tardiva. Evidentemente, la S.C. si riferisce alle ipotesi in cui il fatto *de quo* sia stato comunque allegato in primo grado – non importa se dalla parte cui giova – ma non sfruttato, per così dire, a fini contestativi dalla parte che vi aveva interesse; ipotesi, queste, se non proprio assurde, certamente improbabili.

Ma vi sono ragioni di stretto diritto positivo che depongono per l'infondatezza di tale indirizzo.

Una, evidentissima, è fornita dall'art. 345, comma 2°, c.p.c., a norma del quale in appello «non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio».

Sono perciò vietate in sede di gravame solo le nuove eccezioni in senso stretto, quelle cioè che si fondano su nuovi e diversi fatti giuridici e che, in quanto tali, possono essere sollevate solo dalla parte in virtù del principio dispositivo. Al contrario, le eccezioni in senso lato – vale a dire le circostanze di fatto, sostanziali o processuali, che geneticamente escludono il diritto azio-

(31) In tal senso v., pure, Cass. 27 maggio 2002, n. 7739 e Cass. 17 giugno 2003, n. 9684, nonché Cass. 7 ottobre 1999, n. 11252, ove è dato leggere che «a fronte della mancata allegazione da parte del convenuto nella memoria prevista dall'art. 416 c.p.c. di fatti contestativi di quelli rappresentati dal ricorrente, la materia del contendere si individua e si fissa quale assieme dei punti effettivamente controversi, con la conseguenza che non v'è più spazio – ancorché si tratti di mere difese – per il potere di rilievo da parte del giudice della carenza fattuale di condizioni o presupposti dell'azione»; è pertanto necessario che il fatto costituente mera difesa «risulti acquisito agli atti e provato *rite et recte* alla stregua della specifica disciplina processuale dell'acquisizione» (nel caso di specie è stata dichiarata inammissibile la contestazione del diritto a pensione di invalidità per mancanza di domanda amministrativa, dedotta per la prima volta in appello dall'INPS, sul rilievo che l'istituto non aveva allegato il fatto pur costituente mera difesa nel corso del primo giudizio, ove si era limitato a contestare la sussistenza del grado invalidante prescritto *ex lege*).

Nel senso che in un giudizio di impugnazione di licenziamento illegittimo il datore di lavoro non può allegare e provare per la prima volta in appello l'intervenuta cessazione dell'attività aziendale, ostativa alla liquidazione dei danni maturati successivamente a tale evento, v. Cass. 20 dicembre 2002, n. 18194, in *Foro it.* 2003, I, 1516, con nota critica di R. Oriani, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello delle eccezioni in senso lato?*

nato – possono essere rilevate anche di ufficio a prescindere dalla loro acquisizione nel precedente grado di giudizio.

Ed è ovvio che sia così, se è vero (come è vero) che il giudice ha il potere-dovere di entrare nel merito della domanda e di rendere su di essa una sentenza conforme al diritto, che è libero di ricercare ed applicare in ogni suo aspetto indipendentemente dalle iniziative dei litiganti (*iura novit curia*) (32).

Subordinando l'esercizio di tale potere alla tempestiva allegazione in primo grado dei fatti costituenti mere difese, la S.C. non solo introduce arbitrariamente una preclusione non prevista *ex lege*, ma impedisce pure al giudice quella ricerca della «verità materiale» da sempre conclamata a sostegno dell'istruzione officiosa caratterizzante il processo del lavoro, nel cui ambito si colloca proprio la gran parte delle sentenze qui in commento. Ed è veramente paradossale che il giudice, per superare l'incertezza dei rapporti giuridici dedotti in lite, possa, da un lato, «disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile» (art. 421, comma 2°, c.p.c.), mentre, dall'altro, sia vincolato a ritenere ammessi fatti che, in realtà, non sono stati provati da chi ne aveva l'onere, ma solo presuntivamente desunti dall'omessa specifica contestazione dell'avversario entro la prima udienza.

Inoltre, l'asserita inammissibilità in appello di contestazioni tardive integranti mere difese è contraddetta da un'altra disposizione del codice di procedura civile. Si tratta dell'art. 346, a norma del quale «le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate».

Sappiamo che, per giurisprudenza ormai consolidata, le domande ed eccezioni «non accolte» *ex art.* 346 non sono quelle esaminate e respinte – poiché in tal caso si avrebbe soccombenza e quindi necessità di impugnare le relative statuizioni, che altrimenti acquisterebbero autorità di cosa giudicata –, ma quelle non esaminate, perché rimaste assorbite e superate dall'esame di altre domande o eccezioni (33).

Ora, l'art. 346 è strettamente collegato all'art. 345, comma 2°, nel senso

(32) Cfr. G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova 2007, 251.

(33) È questa la tesi sempre e correttamente sostenuta da S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano 1966, 145-149. Da essa discende un ulteriore principio ampiamente consolidato in giurisprudenza: la parte rimasta totalmente vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre appello incidentale per chiedere il riesame delle domande e delle eccezioni ritenute assorbite, o comunque non esaminate, con la sentenza impugnata dal soccombente, essendo invece sufficiente che tali domande od eccezioni riproponga espressamente in una delle sue difese nel giudizio di secondo grado (cfr., fra le tante, Cass. 25 gennaio 2000, n. 824; Cass. 18 aprile 2000, n. 5065; Cass. 24 novembre 1998, n. 11929). Al contrario, se tali domande o eccezioni siano state esaminate e risolte

che anch'esso riguarda esclusivamente le eccezioni in senso proprio (34) «e non anche le contestazioni dell'esistenza del fatto costitutivo della domanda o di elementi integrativi dello stesso, le quali devono ritenersi implicitamente comprese nella richiesta di rigetto dell'appello formulata dall'appellato vittorioso nel giudizio di primo grado» (35).

Per queste contestazioni, dunque, non opera alcuna presunzione di rinuncia: esse sono sempre ed automaticamente devolute alla cognizione del giudice di secondo grado, a prescindere dal fatto che siano state sollevate prima o dopo i termini *ex artt.* 183 e 420 c.p.c. per la modificazione del *thema decidendum*, e a prescindere dalla loro espressa riproposizione in appello.

Ciò si spiega e si giustifica considerando che l'appello ha, per l'appunto, un effetto devolutivo, è cioè idoneo a trasferire al giudice di secondo grado la materia del contendere effettivamente e/o potenzialmente dibattuta in primo grado *nei limiti delle concrete iniziative processuali delle parti* (36). Ma queste concrete iniziative si richiedono (e non possono che richiedersi) soltanto per le attività ad esse esclusivamente riservate, vale a dire solo per le domande e le eccezioni in senso proprio (37). Viceversa, l'ammissibilità in appello delle eccezioni rilevabili di ufficio non è condizionata né dalla loro tempestiva allegazione in prime cure, né dalla loro espressa riproposizione in sede di gravame.

La parte interessata, quindi, è libera di contestare *anche per la prima volta* in appello i fatti costitutivi dedotti dall'avversario in primo grado (purché, ovviamente, si tratti di mere difese), senza che il giudice possa o debba ritenere ammessi i fatti in parola, dichiarando l'inammissibilità di tali contestazioni.

A fortiori, detta inammissibilità è da escludere quando la parte abbia

in sentenza, la parte, pur se totalmente vittoriosa, dovrà proporre appello incidentale avverso le relative statuizioni (cfr. Cass., sez. un., 2 febbraio 2004, n. 12138).

Ricordiamo, infine, che l'onere di espressa riproposizione *ex art.* 346 c.p.c. si riteneva operante solo per l'appellato costituito (v. Cass. 23 maggio 2001, n. 7019, mentre oggi vale anche per l'appellato contumace (v. Cass. 13 settembre 2006, n. 19555; ciò per evitare un ingiustificato trattamento di favore del convenuto inerte e noncurante a scapito della più diligente controparte, che si troverebbe di fronte al riesame d'ufficio di tutte le istanze del contumace rimaste disattese nel precedente grado di giudizio).

(34) In buona sostanza, la legge ci dice che sono vietate in appello le nuove eccezioni in senso stretto (art. 345, comma 2°), e subito dopo aggiunge che quelle già sollevate in primo grado – e, quindi, non nuove – devono essere espressamente riproposte in sede di gravame, altrimenti si intendono rinunciate.

(35) Così Cass. 3 febbraio 1996, n. 927; Cass. 28 novembre 1998, n. 12136.

(36) Cfr. G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 622-626.

(37) Ovviamente già proposte in primo grado, stante il divieto dei *nova* di cui all'art. 345 c.p.c.

contestato in primo grado il fondamento dell'altrui pretesa oltre i termini individuati all'uopo dalla giurisprudenza.

Si pensi, ad esempio, al convenuto che abbia allegato per la prima volta in comparsa conclusionale un fatto costituente mera difesa e che, ciò nonostante, abbia perso la causa in virtù dell'intervenuta (ma infondata) preclusione a suo carico.

Proposto appello e reiterata espressamente la suddetta contestazione, il giudice del gravame giammai potrà ritenere ammessi i fatti costitutivi dedotti *ex adverso* in primo grado.

Ed infatti, l'unico caso in cui si potrebbe imputare alla parte (nell'esempio fatto all'appellante) un'ammissione, esplicita o implicita, dei fatti suddetti è quello previsto dall'art. 346 c.p.c., e cioè la rinuncia per mancata espressa riproposizione della mera difesa (38).

Ma se questa espressa riproposizione c'è stata, il limite che la citata norma pone all'effetto devolutivo dell'appello non opera: il giudice dovrà esaminare le eccezioni espressamente riproposte con ogni conseguenza.

8. – Seppur non apertamente dichiarato, il fine ultimo dell'indirizzo giurisprudenziale in commento è, all'evidenza, quello di porre il giudice in condizione di decidere subito la controversia sottoposta al suo esame, dovendo egli ritenere ammessi i fatti principali dedotti dall'attore e non specificamente contestati dal convenuto entro la fase iniziale del procedimento.

In questa direzione, peraltro, si colloca una delle più salienti novità del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, istitutivo del c.d. processo societario. Il riferimento corre all'art. 13, comma 2°, della citata legge, per il quale i fatti dedotti in citazione si intendono non contestati – e, dunque, non bisognosi di prova – qualora il convenuto non abbia notificato tempestivamente la comparsa di risposta e l'attore, costituitosi nei termini di legge, abbia a sua volta notificato e depositato l'istanza di fissazione dell'udienza decisoria.

In detta ipotesi, infatti, il tribunale decide sulla domanda in base alla sua conclusione, deferendo all'attore giuramento suppletorio, se ritenuto opportuno.

La riferita disposizione – che fin dal suo apparire aveva suscitato perplessità e critiche in attenta dottrina (39) – è stata, però, colpita dalla censura

(38) Abbiamo usato volutamente il condizionale «potrebbe», perché – come già illustrato – l'art. 346 non è applicabile alle mere difese, ma solo alle eccezioni in senso proprio. Ad ogni modo, quand'anche si volesse ritenere il contrario, circoscrivendo così ulteriormente l'effetto devolutivo dell'appello, il risultato sarebbe quello suesposto.

(39) V. G. Monteleone, *Il processo nelle controversie societarie ed assimilate. Appendice di aggiornamento al Diritto processuale civile*, Padova 2004, 12-14; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 830-832. In senso contrario v., per tutti, B. Sassani, in *Aa.Vv., La riforma delle società. Il processo*, Torino 2003, 145-147.

di incostituzionalità con sentenza 12 ottobre 2007 n. 340 (40); ciò in base al rilievo che essa, non solo «detta una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita», ma anche perché non risulta conforme alla più rapida ed efficace definizione dei procedimenti, costituente la finalità, o direttiva, della legge di delegazione.

In effetti, l'art. 13, comma 2°, imponeva al convenuto un onere di tempestiva contestazione pressoché sconosciuto nel nostro ordinamento (41) e tipico, invece, della legislazione processuale austriaca. E non è un caso che l'unico processualista italiano, che ne sostenne apertamente l'introduzione per asseriti scopi acceleratori, fu Chiovenda, il quale – com'è noto – manifestò sempre una «smodata ammirazione» per il Regolamento Klein (42).

Ed infatti, l'art. 127 del suo progetto di riforma, riproponendo quasi alla lettera il § 398 della ZPO austriaca, prevedeva che, ove il convenuto non avesse tempestivamente presentato la comparsa di risposta, il giudice avrebbe dovuto ritenere ammessi i fatti affermati dall'attore, accogliendone la domanda con sentenza contumaciale (43).

Come tutti sanno, il progetto Chiovenda non diventò legge (anzi, per la verità, non fu neppure presentato in sede parlamentare), e da allora in poi l'idea della contumacia come forma di non contestazione non ebbe più prose-

(40) Pubblicata in *Giur. it.* 2007, 2383-2384. In argomento v., da ultimo, G. Monteleone, *Il processo societario innanzi alla Corte Costituzionale*, in *Il giusto processo civile* 2008, 169 ss.; F. Auletta, B. Sassani, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*, in www.judicium.it.

(41) L'unica eccezione potrebbe ravvisarsi nell'art. 663 c.p.c. sul procedimento per convalida di sfratto. La norma, infatti, autorizza il giudice a convalidare la licenza o lo sfratto a seguito della mancata opposizione o della contumacia dell'intimato. Ma, come tutte le eccezioni, essa conferma la regola per cui dalla contumacia non è consentito inferire alcuna ammissione o confessione implicita.

(42) Così G. Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, 1, Bologna 1973, 699.

(43) Le medesime conseguenze erano previste dall'art. 80 del progetto (al quale, infatti, il citato art. 127 espressamente rinvia) per le ipotesi in cui il convenuto non fosse comparso alla prima udienza o, comparendo, non si fosse difeso.

Cfr. G. Chiovenda, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano 1993, 95-96, ove leggesi che «il termine stabilito per la presentazione della risposta ha carattere perentorio, e la mancata presentazione nel termine equivale alla mancata comparizione all'udienza per tutti gli effetti della contumacia. Questo rigore (naturalmente temperato dal diritto alla restituzione in intero) è necessario per assicurare il regolare andamento della lite».

Cfr., pure, il § 398 della ZPO austriaca, promulgata da F. Klein.

liti, tant'è che di essa non v'è traccia nei successivi progetti di riforma del processo civile elaborati dai più insigni studiosi della materia (Mortara, Carnelutti e Redenti).

L'idea in parola non fu neppure riesumata dal progetto Solmi, né accolta nel codice processuale del 1940, nonostante entrambi fossero ispirati ad un rigido sistema di preclusioni in danno delle parti.

In linea con l'esposta tendenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13, comma 2°, d.lgs. n. 5/2003, ribadendo in tal modo il carattere neutro della contumacia.

Pertanto, se il convenuto non notifica la comparsa di risposta entro il termine di legge – scegliendo così di non contestare per nulla la domanda giudiziale contro di lui proposta – non dispensa l'attore dall'onere di provare la fondatezza della domanda medesima, non essendo costituzionalmente legittimo equiparare tale suo comportamento ad una *ficta confessio* dei fatti dedotti *ex adverso*.

In questo modo la Consulta sancisce un principio, che è destinato senz'altro ad avere ricadute applicative anche al di fuori della particolare categoria delle controversie societarie, per cui è stato enunciato. E il principio è che nel nostro ordinamento non è consentito desumere dal comportamento omissivo di una parte – e, segnatamente, dalla sua contumacia – il fatto, assolutamente non paragonabile, dell'ammissione implicita delle avverse allegazioni.

Alla luce di questo principio, l'indirizzo della S.C. qui in esame, oltre ad essere infondato sotto il profilo giuridico, appare anche totalmente illogico.

Non ha alcun senso, infatti, da un lato, equiparare alla *ficta confessio* una contestazione che, per quanto generica, è stata comunque avanzata dal convenuto costituito, e, dall'altro, escludere tale equiparazione nelle ipotesi di sua contumacia, quando cioè la contestazione manca del tutto.

Ritenere il contrario significa volere ostacolare senza alcuna valida ragione l'attività difensiva del convenuto, già seriamente compromessa da un rigido sistema di preclusioni e di decadenze, che gli impone di esporre tutte le sue domande, eccezioni e richieste istruttorie nella fase iniziale del procedimento, poiché altrimenti non sarà più consentito.

Questo sistema – opinabile, ma comunque previsto dalla legge – viene, infatti, ulteriormente ed arbitrariamente irrigidito dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale – come s'è visto – anche le mere difese sono soggette a preclusione se non proposte entro i termini per la modificazione del *thema decidendum*, ed inammissibili in appello se i fatti, su cui esse si fondano, non risultano tempestivamente acquisiti in primo grado.

Né si dica che questa ulteriore preclusione è funzionale alla concentrazione del procedimento, essendo vero esattamente il contrario. Il convenuto, infatti, sarà indotto a contestare in modo specifico e minuzioso tutti i fatti allegati in citazione, pure quelli palesemente sovrabbondanti, nel timore che anche uno solo di essi possa reputarsi ammesso con conseguente accoglimento.

to della domanda attorea. Si avranno così comparse di risposte chilometriche, che inevitabilmente appesantiranno il giudizio, aggravando il già deprecabile e preoccupante stato della nostra giustizia civile.

Epperò, secondo l'esaminato indirizzo giurisprudenziale, che alcuni sostengono con estrema convinzione (44), il risultato pratico di questa ennesima preclusione dovrebbe essere proprio l'accelerazione dei processi; ciò in base all'assunto – mai in concreto dimostrato, ed anzi clamorosamente smentito dalle statistiche giudiziarie – che solo imponendo alle parti di vuotare subito il sacco si consentirebbe al giudice di decidere presto e bene.

In realtà, l'unico risultato certo dell'orientamento qui criticato è l'emanazione di sentenze ingiuste, poiché basate su fatti che non sono stati effettivamente provati da chi ne aveva l'onere, «ma solo presuntivamente ed arbitrariamente desunti dalla condotta difensiva della controparte» (45).

9. – Una chiosa finale. Il 4 marzo 2009 il Senato della Repubblica ha approvato, con modificazioni, il disegno di legge d'iniziativa del Governo n. 1082 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), già approvato dalla Camera dei deputati (46).

Fra le modifiche apportate al testo originario del citato d.d.l. ve n'è una concernente l'art. 115, comma 1°, c.p.c., che, in caso di definitiva approvazione, risulterebbe così formulato: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, *nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*».

Ora, è indubbio che la riferita modifica delineerebbe un onere di specifica contestazione a carico delle parti molto più chiaro di quello che la S.C. ha finora desunto dagli artt. 167, comma 1°, e 416, comma 3°, c.p.c. (peraltro limitatamente al convenuto).

Parimenti indubbio, però, è che l'assolvimento di detto onere non sarebbe soggetto a preclusioni.

La modifica, infatti, è stata apportata all'art. 115 del codice, e cioè ad una disposizione generale concernente il potere del giudice. E poiché questo

(44) Ci si riferisce, in particolare, a Carratta, Cea e Proto Pisani, ai cui scritti sull'argomento, più volte citati, si rinvia.

(45) Così G. Monteleone, *Il processo societario innanzi alla Corte Costituzionale*, cit., 175.

(46) In argomento v. G. Monteleone, *A proposito di una incipente riforma del processo civile*, in *Il giusto processo civile* 2008, 1105-1008; C. Punzi, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1189-1205; E. Ricci, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1359-1366.

potere si esercita con l'emanazione della sentenza – e, dunque, alla fine del processo – la contestazione specifica (sempre che, ovviamente, integri una eccezione in senso lato) potrà farsi in qualunque momento, anche per la prima volta in appello.

VIVIANA BATTAGLIA
Ricercatore
nell'Università di Palermo